

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 103 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 11 - 28020

Tfno: 917043515

Fax: 917031994

42020310

NIG: 28.079.00.2-2019/0193125

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [REDACTED]/2019

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

Demandado: BANCO [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 103
MADRID**

JUICIO ORDINARIO: [REDACTED]/19

SENTENCIA Nº 162 /2020

En Madrid a diecinueve de octubre de dos mil veinte.

Ilma. Dª MARIA DE LOS ANGELES MARTIN VALLEJO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 103 de los de Madrid, habiendo visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado con el nº [REDACTED]/19 a instancia de DOÑA xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx representada por el Procurador D. [REDACTED] bajo la dirección letrada de D. Manuel María Martín Jiménez contra BANCO [REDACTED] SA representada por la procuradora Dª [REDACTED] bajo la dirección letrada de Dª [REDACTED] de [REDACTED] en ejercicio de la acción de reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Procurador Sr. [REDACTED], en nombre y representación de sus mandantes, interpuso demanda de Juicio Ordinario contra la citada demandada, en base a los hechos, fundamentos jurídicos y suplico que constan en su escrito, considerándose reproducidos en la presente.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 12 de noviembre de 2019 se admitió a trámite la demanda, emplazando al demandado para su contestación en tiempo y forma. Por Diligencia de Ordenación de 28 de enero de 2020, se citó a las partes a una audiencia previa el día 4 de marzo de 2020 al contestar el demandado a la demanda en tiempo y forma.

TERCERO.- Siendo el día y hora señaladas, abierto el acto el demandante se ratificó y afirmó en su demanda, se opuso a las excepciones alegadas de contrario y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. La parte demandada se afirmó y ratificó en la contestación a la demanda solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Fijados los hechos controvertidos se recibió el pleito a prueba, el demandante solicitó la documental aportada con la demanda, más documental y testifical, la parte demandada solicitó prueba documental y más documental. Admitidos los medios de prueba, la parte demandada interpuso recurso de reposición contra la admisión en el acto de la audiencia previa de un documento, desestimado el recurso se citó a las partes a juicio el día 15 de abril de 2020 a las 11:50 horas. Suspendido el señalamiento ante la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia de Covid 19 se citó nuevamente a las partes el día 23 de septiembre de 2010 a las 10:00 horas al terminar el estado de alarma acordado.

CUARTO.- Siendo el día y hora señalado, abierto el acto, practicadas las pruebas y emitidas conclusiones por las partes, quedaron los autos en poder del proveyente para resolver.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante la acción de reclamación de cantidad alegando que en fecha 11 de septiembre de 2006 firmó con [REDACTED] SL contrato de reserva de un inmueble para su adquisición sobre plano, en concreto el inmueble situado en el Bloque [REDACTED] portal [REDACTED] planta [REDACTED] letra [REDACTED] de 76,750 metros cuadrados con terraza y jardín en la parcela denominada Nueva Estación Turística de [REDACTED] sita en [REDACTED] Marruecos, el precio quedó fijado en 72.106,13 euros siendo abonada la suma de 18.700 euros. En el contrato se establecía que la entrega se produciría en el plazo de 30 días naturales desde la obtención de la cedula de habitabilidad y que las obras de construcción durarían un plazo de 26 meses, en junio de 2008 era evidente que las viviendas no se iban a entregar ante los numerosos procedimientos de reclamación de cantidad contra la promotora [REDACTED] SL, incumplimiento reconocido por la

promotora en 2010, siendo declarada en concurso necesario el día 5 de noviembre de 2014 encontrándose en la actualidad en fase de liquidación.

Que pese a la obligación de emitir un aval en garantía de sus obligaciones consta que no se ha emitido ni un solo aval por la demandada, siendo la entidad en que se ingresaron las cantidades.

Banco [REDACTED] se opuso alegando inaplicabilidad de la Ley 57/68, falta de legitimación activa al no intervenir ningún promotor, firmándose en realidad una cesión de posición contractual, no acreditándose la ley por la que se rige el contrato, teniendo la compra un carácter inversor, reconociendo los pagos aunque afirmando que no coinciden con los establecidos no habiendo abonado la demandante el pago principal, no ostentando la condición de avalista.

SEGUNDO.- Respecto a la legitimación de las partes, la sentencia de la A. P. de Madrid Sección 18ª de 23 de junio de 2020 afirma: *“En la presente litis los motivos de oposición de la entidad financiera corren esencialmente por considerar que existiría una falta de legitimación activa y pasiva puesto que en definitiva la entidad con la que la demandante contrato realmente no era la promotora de ninguna construcción, sino que simplemente era la comercializadora, y que además lo que simplemente se había contratado con la misma era un contrato de cesión de un anterior contrato de cesión que la mercantil [REDACTED] ya había verificado con otra mercantil del mismo grupo inversor grupo [REDACTED] concretamente la mercantil [REDACTED], por medio de la cual se le cedía a [REDACTED] el derecho a poder adquirir un determinado apartamento determinado en el contrato de cesión y por un precio cierto también determinado, cesión que se había realizado en las mismas condiciones a la hoy de demandante. De ello se deriva que no existe legitimación activa delante de la demandante, por la misma para dirigir sus acciones frente a la promotora, y en cualquier caso se hacía referencia a que dado que la aplicación que podía tener la devolución del dinero o la entrada de la cantidad o la resolución del contrato era contra la mercantil que había resultado promotora de la misma, en cualquier caso la jurisdicción aplicable sería la jurisdicción marroquí puesto que en ese contrato se había producido precisamente una sumisión expresa a tal jurisdicción.*

El argumento referido a la falta de jurisdicción de los tribunales españoles debiendo referirse a la jurisdicción de los tribunales competentes de Marruecos, por aplicación del fuero contenido en el artículo 10.5 del código civil , no puede prosperar ni ser atendido.

En efecto, como hemos tenido ocasión de afirmar entre otras en nuestra sentencia de fecha 28 de Junio de 2019 :

” no se discute que por parte de los demandantes, o quizá habría que decir por parte de los apoderados de los demandantes se hubiese hecho una entrega por importe de 22.000 €; en favor de ARQUITECTURA Y PROMOCIONES [REDACTED].-Tampoco plantea ninguna duda que dicha empresa era una comercializadora de la mercantil [REDACTED] ARQUITECTURA DE PROMOCIONES INMOBILIARIAS quien al parecer sucedió por cambio de nombre a la primitiva promotora PROMOCIONES [REDACTED]. Ahora bien lo relevante no es tanto que se suscribiera un contrato

con la primera de las mercantiles que actuaba como gestora de ventas de la segunda de ellas, ni es relevante en los presentes autos que efectivamente en sede judicial se haya admitido la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entrega, ni relevante tampoco que se haya condenado, por cierto no la promotora sino la gestora comercial, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga y también es cierto y carece de relevancia la presente litis que en el concurso de acreedores de la mercantil [REDACTED] los demandantes han insinuó su crédito que les ha sido reconocido.

Efectivamente la presente litis se dirige no contra las personas físicas o jurídicas que hayan procedido a promover los inmuebles y que en definitiva no haya cumplido con su obligación de entrega, sino que se dirige contra la entidad BANCO DE [REDACTED], supuestamente por haber incurrido en infracción del artículo uno párrafo segundo de la Ley 57/68 . Es decir por haber admitido ingresos a cuenta de la futura construcción de viviendas por parte de compradores de las mismas, sin haber exigido al promotor la apertura de la cuenta especial establecida en la Ley 57/68, ni haber exigido al mismo la constitución de los avales o seguro correspondiente."

Pues bien, propiamente ello es lo que ocurre en el presente litigio. En efecto la demandante no se dirige contra la mercantil [REDACTED] que es con la que en contrato y con la que obtuvo la cesión de la supuesta reserva del apartamento, lo que en realidad parecía una promesa de compraventa o un contrato de compraventa puesto que estaba definido tanto la cosa como el precio, ni tampoco actúa contra la mercantil que parece ser la promotora de la edificación, perteneciente al mismo grupo inversor, y que precisamente había formalizado un contrato de cesión prácticamente idéntico al que se produjo en beneficio de la demandante, cesión esta formalizada un día anterior a haberse realizado el contrato de cesión de derechos en favor de la demandante por la cual la misma tendría el derecho adquirido en su día al apartamento indicado.

Sin embargo, olvida que lo que está reclamándose a la entidad financiera, que ha aceptado determinados ingresos en cuentas abiertas por parte de la empresa con la que contrato la parte demandante, sin haber exigido la formalización ni del aval, ni del seguro de caución, ni de haber promovido la concertación de tales seguros, las cantidades ingresadas y ello en virtud de los preceptos de la Ley 57/68, por lo que en cualquier caso es evidente que la cuestión nada tiene que ver con una supuesta jurisdicción de las autoridades marroquíes, toda vez que no se está reclamando en relación con ningún contrato en virtud del cual hubiese una cláusula de sumisión expresa a los juzgados de dicho país. Por ello el motivo sedesestima.

El segundo argumento hace referencia a una supuesta falta de legitimación activa y pasiva de la demandante y de la propia demandada, el argumento que sostiene el motivo, ya desarrollado la primera instancia, hace referencia de manera esencial a que en realidad el contrato existente entre la demandante y la mercantil [REDACTED] no era más que un simple contrato de cesión por virtud de la cual se cedían a la hoy actora los derechos que tenía dicha sociedad en relación con un previo contrato de cesión que se había suscrito con la promotora de los inmuebles, y por virtud de dichos contratos de cesión la demandante podría tener derecho a la adquisición de una vivienda en la promoción que se estaba desarrollando en Marruecos. Se argumenta que en

ningún caso la mercantil XXXXX XXXXX S.L. era la promotora de la edificación y que por lo tanto las cuentas abiertas a nombre de la

misma no eran cuentas abiertas a nombre de la promotora, y los ingresos que no se discute que se han realizado en la cuenta terminada con 743, de la que se han aportado los movimientos, en realidad no podían ser reintegrados a la demandante pues no se trataba de ingreso realizados en cuentas abiertas en favor de la promotora.

Los motivos se desestiman. Desde luego no puede admitirse el argumento lógico que sostiene el motivo que venía a indicar que la demandante carecería por completo de derechos sobre las cantidades depositadas en cuentas abiertas por la entidad con la que concertó en la entidad demandante y ello precisamente porque no tenía la condición de promotora sino de simple comercializadora de la

Y sigue afirmando la sentencia: “Desde luego, aun cuando en realidad las personas jurídicas existentes son formalmente diferentes, sin embargo parece que la escisión de esa fórmula de contratación, una mera cesión sobre los derechos del apartamento que se va a construir en Marruecos y las cesiones de esos mismos derechos y sobre el mismo apartamento que se realiza en favor de la demandante no constituye sino una forma de operar de la entidad con su constructora que desdobra su persona jurídica por una parte para actuar en territorio español y en otra para actuar en territorio marroquí, pero desde luego no puede decirse que se trate en realidad de personas jurídicas diferentes, como lo pone de manifiesto el hecho de la práctica coetáneidad de la firma de los contratos, y que los contratos son prácticamente idénticos simplemente haciéndose constar en cada uno de ellos las diferentes personas físicas y jurídicas que lo suscribe.

Pero es que esta propia Sala en su sentencia de fecha 5 de febrero de 2018 y examinando una operación idéntica a la que es objeto de debate, suscrita por otro comprador diferente pero con la misma estructura jurídica que la que se somete a la consideración de la Sala, ya se admitió la legitimación tanto activa como pasiva de la sociedad recurrente. En concreto se decía en esa sentencia que dado que se hacía referencia al aval general otorgado por dicha entidad recurrente y que al parecer garantizaría las obligaciones derivadas de esta promoción, era lógicamente dicha entidad la que debía tener y la que tenía su alcance la facilidad probatoria para poder poner de manifiesto la existencia de dicho aval, añadiéndose en dicha resolución que no es cuestionable la intervención del Banco [REDACTED] como depositario de las cantidades, sin que por tantos se admitiese ninguna falta de legitimación ni activa ni pasiva. A ello se añade que en el presente supuesto, además, se aporta como documento número tres una copia de un contrato de aval individual suscrito en favor de un integrante de la misma promoción, sin que la parte demandada y el recurrente haya podido acreditar por qué conceptos se suscribieron dichos avales”.

De la prueba documental obrante en autos se desprende que con fecha 30 de agosto de 2006 la mercantil [REDACTED] que era la que se iba a encargar de promover la construcción de los apartamentos en Marruecos firma un contrato con la mercantil [REDACTED] S.L., en donde se expone a que el promotor es titular de la parcela denominada nueva estación turística de [REDACTED] parcela AP -1, y en concreto sobre el bloque [REDACTED] portal [REDACTED] planta [REDACTED] letra [REDACTED] así consta en el contrato firmado entre la representación de XXXX XXXXX y la demandante, mediante dicho contrato la referida mercantil se comprometía a ceder al cliente beneficiario, la demandante, los derechos que sobre el apartamento mencionado, precisamente al que se refiere el contrato

anterior, cesión que es aceptada por el cliente beneficiario. Que el precio de la cesión sería 28.842,45 euros; y el precio total del apartamento objeto del presente acuerdo de cesión sería de 72.106,13 euros

Afirma la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial: *“Es cierto que en el contrato firmado por la demandante con la mercantil [REDACTED] se especificaba a la hora de determinar la forma de pago del precio que el mismo sería por medio de entregas en efectivo de las cantidades que se detallan en la cláusula séptima y que serían efectivas en las oficinas del grupo [REDACTED] sito en el edificio [REDACTED] calle Santa Leonor [REDACTED] de Madrid, pero sin embargo, y aunque es cierto que el contrato de cesión de los derechos que tenía la entidad [REDACTED] respecto de la promotora no especificase ninguna cuenta del Banco [REDACTED] sin embargo si es obvio que se han producido ingresos en dicha cuenta y que además los ingresos eran perfectamente identificables. Por todo ello no puede negarse la legitimación tanto activa de la demandante, que, en definitiva, pretende que se le devuelvan las cantidades que se entregaron anticipadamente por la adquisición de un apartamento que se iba a construir en Marruecos, como por parte de la demandada que no puede argüir que en realidad las cantidades que se habían entregado en cuentas abiertas en dicha entidad, no eran en cuentas abiertas de la promotora que estaba en Marruecos sino de la comercializadora, pues dadas las circunstancias del presente caso, la práctica coetaneidad de la firma de ambos contratos, y al hecho de que ha sido precisamente la entidad financiera la que ha avalado la mercantil [REDACTED] y no a la promotora de la edificación frente a otros adquirentes de la misma promoción en relación con las cantidades entregadas en la cuenta abierta a nombre de la entidad [REDACTED], es lo que determina que efectivamente la entidad financiera conocía a la entrega de las cantidades y el destino que si iba a dar a las mismas, sin que la peculiar forma de contratar desdoblado los contratos prácticamente en dos, un primer contrato de cesión de derechos en favor de la mercantil española y un segundo contrato de cesión de derechos realizado casi coetáneamente respecto del primero en relación con la demandante, le permitaa la entidad demandada oponerse eficazmente a la evolución de las cantidades que se solicitan, que por otra parte no se discute que sido efectivamente entregadas en cuentas abiertas de la mercantil [REDACTED] ya precisamente en la entidad financiera. Por ello el motivo debe ser desestimado”.*

Argumentos que la juzgadora comparte plenamente por ello debemos afirmar en base a la meritada sentencia que las partes tienen legitimación tanto activa como pasiva para ejercitar y soportar respectivamente el ejercicio de la acción de reclamación. Siendo de aplicación por tanto, la Ley 57/68 al encontrarnos a diferencia de lo manifestado por el demandado ante un contrato de compraventa, siendo indiferente que la futura vivienda se encontrara en Marruecos.

TERCERO .- La modalidad del seguro de caución está regulado en el artº 68 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 de 8 de octubre de 1980 , y se define como un contrato de seguro por cuenta ajena en el que, por tanto, no coinciden las personas del tomador del seguro (en el caso, el promotor o vendedor de la vivienda) y el asegurado (comprador de la vivienda), supuesto al que se refiere el art. 7 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 cuyo párrafo segundo dispone: "Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado", de ahí que recaiga sobre el asegurado y no sólo sobre el tomador del seguro, la obligación de comunicar la verificación del

siniestro y

corresponde al asegurado que reclama el pago de la indemnización pactada la prueba de que efectivamente se ha producido el siniestro denunciado, así como la prueba de que se ha requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante.

Dicho contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en el que conste la no iniciación de las obras o la entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tenía derecho, conforme establece el artº 3 de la Ley 57/68 . El riesgo asegurado, es garantizar al asegurado el pago de una indemnización por importe de las cantidades anticipadas para la adquisición del inmueble, se trata tanto de asegurar la aplicación efectiva de las cantidades aportadas a la construcción del inmueble como de garantizar la devolución en el caso de que las obras no se lleven a cabo.

La jurisprudencia ha perfilado la responsabilidad de las entidades de crédito conforme al *artículo 1.2ª de la Ley 57/1968* en los últimos años. Así, ha declarado (*STS de 29 de junio de 2016, número 436/2016*) que "a partir de la *sentencia 733/2015, de 21 de diciembre* , el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 se ha interpretado fijando la siguiente doctrina: "En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad", doctrina que se reitera en las *sentencias 142/2016, de 9 de marzo* , y *174/2016, de 17 de marzo* , de modo que el banco que admita ingresos a cuenta de la compraventa de viviendas en una cuenta del promotor responderá frente a los compradores incluso aunque no sea avalista ni tenga abierta una cuenta especial al promotor".

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina consolidada, a la que ya antes nos hemos referido, y que ahora podemos sintetizar con la reciente *STS 28 de febrero de 2018* :

"1.ª) En el presente recurso se impugna la absolución de la entidad de crédito codemandada, a la que se pretende condenar solidariamente -junto con la promotora- a restituir las cantidades anticipadas por los compradores demandantes a cuenta del precio de la compraventa de una vivienda en construcción sujeta al régimen de la *Ley 57/1968, con fundamento en el art. 1.2 .ª*, esto es, por recibir dichos anticipos y no garantizar debidamente su devolución mediante aval.

2.ª) Como recuerda la *sentencia 436/2016, de 29 de junio* , el cuerpo de doctrina interpretativo de la Ley 57/1968 "no admite, por regla general, que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a las entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas".

Según esta sentencia, el carácter tuitivo de la dicha Ley ha sido remarcado por una jurisprudencia en la misma línea protectora del comprador, según la cual:

Si existe garantía, los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial sino en otra diferente del promotor pero en la misma entidad bancaria (sentencias de Pleno 779/2014, de 13 de enero de 2015 , y 780/2014, de 30 de abril de 2015).

Si no existe dicha garantía (como ha sido el caso), ello no impide que las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía respondan frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad, pues a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre se fijó como doctrina en relación con la condición 2.ª del art. 1 Ley 57/1968 que "las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad" (doctrina que se reitera en las sentencias 142/2016, de 9 de marzo , y 174/2016, de 17 de marzo , 226/2016, de 8 de abril , y 459/2017, de 18 de julio).

3.ª) Como afirma la reciente sentencia 636/2017, de 23 de noviembre , "la razón fundamental de esta jurisprudencia es que las entidades de crédito depositarias de cantidades provenientes de particulares compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor- vendedor, sino que deben colaborar activamente con el este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (de recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada). En consecuencia, basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que "supo o tuvo que saber", según dijo literalmente dicha sentencia) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada. No entenderlo así y exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran "en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones" privaría a los compradores de la protección que les blindaría el "enérgico e imperativo" sistema de la Ley 57/1968.

También la ya citada sentencia 459/2017, de 18 de julio , declaró al respecto que es el incumplimiento del deber de control sobre el promotor que la condición 2.ª del artículo 1 Ley 57/1968 impone al banco lo que determina su responsabilidad frente al comprador, de modo que, "siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)", y esto independientemente de que la cuenta en la que se ingresen tenga o no carácter especial.

4.ª) No obstante, la sentencia 436/2016, de 29 de junio , descartó cualquier responsabilidad de la entidad de crédito, avalista además, respecto de la cantidad entregada al promotor sin posibilidad de conocimiento y control por aquella al no haberse ingresado en la cuenta indicada en el contrato, pues la ley solo la

responsabiliza de las cantidades que se ingresan o transfieren a una cuenta del promotor en dicha entidad. En concreto, puntualizó:

"Desde este punto de vista, la mención de la d. adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), en su redacción aplicable al caso por razones temporales, a "las cantidades entregadas en efectivo" no puede interpretarse, como propone el recurrente, en el sentido de que la garantía se extienda a cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor a cuenta del precio total, sino, como explicó la ya citada sentencia de Pleno 467/2014, de 25 de noviembre, a la necesidad de llenar el vacío legal existente hasta entonces en relación con las cantidades anticipadas mediante efectos bancarios, pues la Ley 57/1968 solamente se refería a las entregas de dinero.

"En definitiva, por "cantidades entregadas en efectivo" (D. Adicional 1.ª b) de la LOE) o por "entregas de dinero" (art. 1 de la Ley 57/1968) habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor "a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros" [arts.1-2.ª y 2.c) de la Ley 57/1968], ya sea por ingreso directo del comprador en la entidad de que se trate, ya por transferencia, pues ambas modalidades deben considerarse comprendidas en el concepto "entrega de dinero o en efectivo", lo que no excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora pues, como bien indicó en este litigio la sentencia de primera instancia, en el caso de los seguros colectivos la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 dispone que los contratos de compraventa han de haberse sometido al previo conocimiento de la entidad aseguradora".

Más recientemente, la sentencia de pleno 502/2017, de 14 de septiembre, descartó la responsabilidad de la entidad de crédito recurrente porque al cumplimiento "de todo lo que le era exigible según la doctrina jurisprudencial" se unía la constancia de que los pagos no se habían realizado ni en la cuenta especial ni en ninguna otra de la promotora en la misma.

Se ha insistido en esta línea también en los casos en que se exigía responsabilidad a la entidad de crédito con base en el art. 1.2.ª Ley 57/1968, a falta de aval o seguro, siempre desde la idea de que dicha responsabilidad legal impone la constancia de que la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen.

Así, la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre, declara que "la responsabilidad legal del banco derivada del art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 no se funda, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, ni en la connivencia entre banco y promotor ni en el conocimiento por el banco del ingreso de anticipos en una o varias cuentas del promotor, sino en el deber de control del banco sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas". Y precisamente porque consideró documentalmente probada la existencia de ingresos de los demandantes en una cuenta de la promotora-vendedora por la compra de viviendas en construcción, siguió el criterio de la sentencia 174/2016, de 17 de marzo, de considerar que en esas circunstancias (realidad de los ingresos) no podía descargarse en los compradores

"una responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor que, legalmente, corresponde a la entidad de crédito en la que el promotor tenga una o varias cuentas".

Por último, debe recordarse que desde la *sentencia de pleno 781/2014, de 16 de enero de 2015*, en un caso en que eran distintas la entidad que financió la construcción y la que percibía las cantidades anticipadas en una cuenta de la cooperativa de viviendas, y en el que no se había cumplido la exigencia legal de cuenta especial y de aval, es doctrina reiterada (*sentencias 126/2016, de 9 de marzo*, y *468/2016, de 7 de julio*) que no cabe exigir responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones legales a la primera, en tanto que no fue quien recibió directamente las cantidades anticipadas por los cooperativistas.

CUARTO.- Se opone la demandada negando a la demandante la condición de consumidora alegando que el inmueble se adquirió para invertir, ninguna prueba aporta la entidad de tal afirmación, no constan inversiones en bienes inmuebles ni de ninguna otra característica, la testigo Sr. [REDACTED] afirmo que la demandante había sido enfermera de un ginecólogo habiendo heredado un dinero, en consecuencia debe ser desestimada la alegación gozando la demandante de la protección otorgada a los consumidores.

Alega el demandado que la cuantía que dice la demandante haber abonado no coincide con lo que se señala en el contrato, al establecerse en el contrato que se abona en el acto 1.140 euros y constar realizado un ingreso en efectivo el día 7 de abril de 2006 de 1.200 euros, realizando la demandante un ingreso de 17.500 euros. No coincidiendo tampoco la suma con el extracto del cliente al constar un pago de 1.140 euros el 6 de abril y un ingreso de un cheque por importe de 31.740,39 euros el día 11 de septiembre de 2006.

Realmente las cantidades consignadas en el contrato con las que constan en el extracto de la cuenta de [REDACTED] en la entidad Banco [REDACTED], pero tampoco constan con el extracto del cliente donde se dicen abonados dos pagos uno de 1.140 euros el 6 de abril de 2006 y otro ingreso de un cheque por importe de 31.740,39 euros el día 11 de septiembre de 2006.

Si sumamos el importe de la copia del cheque que se adjunta en el contrato por importe de 14.240,39 euros y la cantidad de 17.500 euros ingresada en efectivo resulta la cantidad de 31.740,39 euros, cantidad que consta en el extracto del cliente, desconociéndose porque la parte no reclama el importe del cheque y si la suma que consta abonada en efectivo de 17.500 euros reflejadas tanto en la cuenta de [REDACTED] como en el extracto de cuenta cliente, constando que también se ingresó en efectivo la suma de 1.200 con carácter previo a la firma del contrato y si bien consta que se realiza el pago en concepto de la planta 1-A en vez de la 1-B puede deberse a un error, al no quedar acreditado que la demandada comprase dos inmuebles, el A y el B, en consecuencia acreditado el pago en la cuenta del Banco [REDACTED], constando que no tenían aval que garantizase la promoción conforme al certificado emitido, es procedente estimar la demanda y condenar a la parte demandada al pago de 18.700 euros.

La ya mencionada sentencia de la Ap de Madrid Sección 14 de 27 de noviembre de 2018 afirma : *"La Sentencia T.S. 23.Mar.2015 fija la siguiente doctrina jurisprudencial en el apartado 3º de su parte dispositiva: "La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda".*

En el supuesto enjuiciado la Cooperativa se constituyó en el año 1997, y los sectores se constituyeron en el año 2004, lo que significa que, incluso en los supuestos excepcionales en que se solicitó la baja en el año 2009, ya se había consumado el incumplimiento de la Cooperativa, por haber vencido o transcurrido notoriamente cualquier plazo razonable para iniciar la construcción o entregar las viviendas, según el criterio de la lex artis establecido por la doctrina jurisprudencial citada.

Pero es que, además, nunca llegó a consolidarse la disolución o extinción del vínculo contractual entre el adquirente y la Cooperativa, pues para consumir la extinción debe hacerse efectiva la restitución de las cantidades por la Cooperativa, inherente a la finalización del contrato.

En ese sentido declara la Sentencia de esta Sala de 28.Mar.2018 , con cita de otras anteriores, que: " Por el contrario, se entiende que la condición especial octava de la póliza de seguro, so pena de contravenir el régimen imperativo de la Ley 57/1968, sólo excluye el derecho de indemnización cuando el asegurado que ha solicitado, o causado, baja en la Cooperativa ha percibido íntegramente las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda. Dispone esa condición que "En ningún caso se entenderá que se ha producido el siniestro, ni por lo tanto habrá derecho a indemnización alguna, si el asegurado ha causado baja voluntaria en la Cooperativa, osi ha sido expulsado de la misma, con independencia de cuáles fueran los motivos que hubieran dado lugar a ello".

Esa conclusión no sólo no contradice, sino que es plenamente acorde, a la redacción del art. 3º de la citada Ley , cuando dispone que, producido el siniestro, "el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato (...)" de compraventa o de cesión de vivienda celebrado con el promotor, pues aún producida la extinción del contrato, incluso por mutuo disenso, tal extinción no queda consumada sino mediante la completa restitución de prestaciones que es consecuencia necesaria e indeclinable de la extinción del vínculo, lo que incluye la íntegra restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio.

Se comparte por ello la doctrina reflejada en la citada Sentencia de esta Audiencia Provincial de 31 de Octubre de 2013, así como de la contenida en la generalidad de las Sentencias de esta Sala, razonando que la baja en la Cooperativa no se consolida mediante la mera comunicación, y no se reputa eficaz hasta la completa



liquidación de las prestaciones entre las partes, con el total reintegro de las cantidades aportadas. Así como que la condición general octava, antes transcrita e interpretada como pretende la aseguradora, contraviene el régimen imperativo de la Ley 57/1968, y supone una limitación a los derechos del asegurado, que se tiene por no puesta y carece de eficacia al no ajustarse a las previsiones del art. 3 L.C.S. por no haberse destacado singularmente, ni aceptado de modo expreso mediante firma.

Citando la Sentencia de esta Sección, de 5.Mar.2014 "El único problema que queda es el, relativo a los efectos de la baja frente a la aseguradora; la fecha en que la baja debe tenerse por ejecutada, y desvinculado de la cooperativa el socio. Creemos que mientras que el socio no esté liquidado y reintegrado de sus aportaciones no es baja.

La baja voluntaria del socio es un caso de resolución unilateral permitida por los estatutos cooperativos, de manera que una vez aceptada el contrato de adhesión queda ineficaz, pero no es efectiva hasta que no se han cumplido las obligaciones posteriores a la resolución. Hasta que no se han cumplido las obligaciones de la fase de liquidación del contrato, con la restitución de prestaciones, no llega el momento en el que el cooperativista queda fuera del contrato; en el umbral de la indiferencia jurídica y económica, y como tercero ajeno a la cooperativa".

Consta que la cooperativa al menos se constituyó en el año 2000, conforme consta en el contrato suscrito por los anteriores cooperativistas, que hasta febrero del año 2008 no se solicitó la licencia para la construcción de viviendas, que en octubre de 2008 la demandante solicitó la baja de la cooperativa, y que esta remitió comunicación a la demandante el día 7 de abril de 2011 considerando la baja justificada, doc. nº 8, devolviendo a la demandante únicamente 10.000 euros, faltando por abonar 64.890,67 euros. En aplicación de la jurisprudencia anteriormente mencionada, no habiendo sido restituidas las cantidades a la demandante no está desvinculada totalmente de la cooperativa pudiendo reclamar las cantidades abonadas a cuenta que no hayan sido reintegradas.

QUINTO.- Retraso desleal

Como afirma la STA de la A.P. de Madrid sección 9ª de 25 de junio de 2020: "No procede aplicar la doctrina del retraso desleal, pues no es acertado afirmar -como hace el banco- que la jurisprudencia equipara el transcurso pacífico de un largo período de tiempo con la mala fe del reclamante. No es así, como resulta de una reiterada jurisprudencia, muestra de la cual es la STS de 24 de abril de 2019 (número 243/2019), en la que se dice:

"En definitiva, lo que hace la Audiencia es asumir que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que no había transcurrido el plazo de prescripción.

Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador.



La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (sentencias 352/2010, de 7 de junio , 299/2012, de 15 de junio , 163/2015, de 1 de abril , y 148/2017, de 2 de marzo)."

El mero retraso sin reclamar no genera por si confianza suficiente en la aseguradora para creer que ya no reclamaría, no apreciándose por ello retraso desleal.

La ya mencionada STS AP de 23 de junio de 2020 afirma: "*Que por lo que hace alegación del denominado retraso de desleal, el mismo debe ser desestimado.*

En efecto, sobre una cuestión esencialmente idéntica, alegación de supuesto retraso de desleal en una reclamación efectuada contra la entidad financiera para que volviese las cantidades abonadas entregadas a cuenta de la construcción de viviendas, hemos dicho en nuestra sentencia de fecha 18 de Noviembre de 2019 "

Reiterándose a través del cuarto de los motivos que el ejercicio de la acción por los Sres. Enrique es abusivo al haberse llevado a cabo mediante retraso desleal, aduciendo que no han realizado reclamación alguna contra la citada entidad bancaria hasta que ha sido interpuesta la presente demanda; el mismo debe ser también desestimado, pues como se dice en la STS 243/2019, de 24 de abril :

"(...) Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador.

La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, recta-mente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (



sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo)".

De forma que del mero hecho del transcurso de tiempo en el ejercicio de la acción, si lo es dentro del plazo legal, no cabe deducir que lo hubiese hecho de mala fe, como parece pretenderse por la recurrente, cuando aquí no existe ningún dato o elemento que permita llegar a dicha conclusión.

En este caso además difícilmente puede hablarse de un retraso desleal cuando realmente la actuación de las entidades que van a realizar la construcción en la financiación del inmueble realmente ha sido cuando menos oscura, se han utilizado fórmulas contractuales abstrusas de difícil comprensión, ha procedido previamente a la interposición de la presente demanda un concurso de acreedores, todo lo cual hace razonable que realmente la demandante no haya podido tener la posibilidad real de conocer cuál es el ejercicio de las acciones, hasta una fecha bastante tardía, sobre todo si se tiene en cuenta que no sido hasta fecha relativamente recientes en las que el Tribunal Supremo modificando la anterior doctrina ha venido haciendo una interpretación progresiva en favor de los adquirentes de las disposiciones contenidas en la Ley 57/68".

Desestimándose la alegación de retraso desleal

SEXTO.- En cuanto al dies a quo para el cómputo de los intereses legales las STAS de la Sección 25ª; 16 de marzo de 2016 Sección 19ª; y 28 de septiembre de 2016 Sección 14ª de la Ilma Audiencia Provincial de Madrid así como las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 17 de marzo de 2016 establecen el diez a quo desde la fecha de cada una de las aportaciones.

SEPTIMO.- En aplicación del artículo 394 de la citada Ley, las costas se impondrán a la parte demandada al estimarse íntegramente la demanda y no apreciarse meritos que indiquen su no imposición.

Vistos los preceptos legales citados y cualquier otro de pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia de DOÑA [REDACTED] representada por el Procurador D. [REDACTED] contra BANCO [REDACTED] SA representada por la procuradora Dª. [REDACTED] debo condenar y condeno a la entidad [REDACTED] a abonar a la parte demandante la suma de 18.700 euros (dieciocho mil setecientos euros) y a los intereses legales de dicha suma desde el día en que fueron abonados. Con condena en costas a la parte demandada.



Contra la presente resolución podrán las partes interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid, en plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación en la forma y requisitos establecidos en el artº 458 LEC.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignado dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco [REDACTED] Sucursal 3569, con el número de cuenta 5407-0000-04-1083-19, consignación que deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En Madrid a diecinueve de octubre de 2020. La anterior Sentencia una vez firmada por la Ilma Sra. Magistrada de este Juzgado ha sido entregada en el día de hoy en esta Secretaría de mi cargo para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma. Expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos, archivándose al original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual, yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0999670559221041284602

[REDACTED]